重析“法制”与“法治”　构建中国的“制度法学”

邱 水 平
(北京大学, 北京 100871)

摘　要:“法制”作为“法律与制度”这一复合概念的简称,植根于中国传统政治文化和现实国情,具有“法治”所不能完全取代的丰富内涵和强大功能。重新认识并重视“法制”,对构建中国特色法律话语体系具有重要作用。“法制”的核心,仍然是民主的制度化、法律化,是全面依法治国。从这个概念出发,我们可以通过“制度法学”的视角来更好地理解、诠释和支撑中国特色社会主义治国理政的伟大实践。

关键词: 法制;法治;中国特色法律话语体系;制度法学
中图分类号:D 905　**文献标识码:**A　**文章编号:**1000-5919(2019)03-0005-08

一、回溯“法制”概念的兴衰

我国宪法中对“法制”和“法治”这两个概念的使用,经历了一个变化过程。1982 年宪法中,有三处“法制”,分别是序言中的“健全社会主义法制”、第五条“国家维护社会主义法制的统一和尊严”以及第二十四条“国家通过普及理想教育、道德教育、文化教育、纪律和法制教育……加强社会主义精神文明建设”。这些重要表述,为我国社会主义民主法治建设奠定了基础。其中第五条“国家维护社会主义法制的统一和尊严”中的“法制”一词,可以理解为居于法律制度中最高层次的“宪制”①。1999 年修订宪法时,在第五条增加了“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家”一款,同时,整个法律话语体系中开始注重使用“法治”概念。2018 年修订宪法时,进一步将序言中的“法制”改为了“法治”,但仍保留了第五条和第二十四条两处“法制”。

这种变化和保留,值得法学界深入思考:我们到底该如何来理解“法治”和“法制”? 究竟在何种意义上使用“法治”和“法制”这一组概念?

我们可以回溯历史。改革开放初期,在中国的法律话语体系中,一直注重使用“法制”一词,而且一般是作为“法律和制度”这个复合概念来使用的。1978 年 12 月 13 日,邓小平同志在中央工作会议闭幕会上的讲话中指出:“为了保障人民民主,必须加强法制。必须使民主制度化、法律化,使这种制度和法律不因领导人的改变而改变,

收稿日期:2019-05-01
作者简介:邱水平,男,江西南丰人,北京大学党委书记、校务委员会主任,教授。中国法学会副会长,北京大学国家法治战略研究中心主任,北京大学习近平新时代中国特色社会主义思想研究院特聘研究员。

① “宪制”一词,最早出现在对英文“constitution”和“constitutional”的翻译中,为了与“宪法”一词相区别,将并非对应成文法的“constitution”一词翻译为政制或宪制,例如将丹尼斯·C.穆勒的“Constitutional Democracy”一书翻译为“民主宪制”(丹尼斯·C.穆勒:《宪制民主》,陆符嘉译,南京:译林出版社 2017 年版)。后来,郭道晖、高全喜、周叶中等学者在法学研究的中文语境中使用“宪制”一词,意指宪法规定的国家与社会的根本制度、基本制度(郭道晖、刘永艳:《政党与宪制》,北京:法律出版社 2016 年版),强调宪法及相关的政治制度作为一个整体(高全喜:《宪法革命及中国宪制问题》,《北大法律评论》第 11 卷第 2 辑,北京:北京大学出版社 2010 年版)。苏力在“前宪法的政治问题”意义上使用“宪制”一词,强调“所谓宪制问题,是指一国以基本政治法律制度,应对的本国的重大、长期和根本的问题,如国家的统一、人民的团结和国内各民族的团结等”,不局限于宪法文本或宪法司法化层面。(苏力:《何为宪制问题——西方历史与古代中国》,《华东政法大学学报》2013 年第 5 期,第 90—111 页)本文也主要是在这一意义上,将“法制”一词与“宪制”对应,但相较“宪制”,“法制”概念所包容的内容更加广泛,既包括宏观原则,也涵盖微观细节。

不因领导人的看法和注意力的改变而改变”①,并强调“公民在法律和制度面前人人平等”②。彭真同志多次强调“健全和运用人民民主的法制”③,他对“法制”的理解,也包括“制度和法律条文”两个层面,并认为法律不宜规定太细,要通过实施细则和相关配套制度来“因地制宜地解决问题”。④

20 世纪八九十年代,随着西方法律理论的引进,围绕着核心概念的翻译和使用,中国法学界对“法制”和“法治”进行过一些深入的讨论。⑤ 不少学者认为,前者对应英文的 rule by law⑥,主要侧重于工具层面,还有人将其对应为“以法治国”;后者对应 rule of law,强调法律的本体地位,更符合现代民主社会的建设要求,也有人将其与“依法治国”的概念相呼应。甚至有学者从象形文字的角度进行分析,认为“法制”代表封建的、人治的、专制的法律,称之为“刀制”;认为“法治”是代表现代化的、理性的、民主的法律,称之为“水治”⑦。

“法治论”“结合论”和“取消论”这三派观点进行了激烈争论,而最终,建议抛弃“法制”的表述,转向“法治”的观点占到上风。⑧ 法学界日益重视“法治”一词的使用,“法制”似乎离我们渐行渐远。

回顾这一场围绕概念使用的争论,我们可以看到,从“法制”到“法治”概念的转变,早已超越了词汇变换,从某种意义上反映了社会的发展与进步,反映了党和国家对国家治理现代化模式的追求,代表了广大人民对法治社会的向往,更标志着全面依法治国、建设社会主义法治国家已经成为国家的战略目标和社会主流价值。

但是,“法治”事实上没有也并不能完全替换“法制”,“法制”这个概念对于构建中国法律话语体系、理解中国治国理政的理论与实践有着极其重要的价值。

除了宪法中的保留之外,我们还可以举出大量的例子。比如,党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中,一共使用了出现“法治”123 次;“法制”和“法律制度”24 次,此外还大量使用了“制度”(116 次)、“机制”(54 次)、“体系”(37 次)等概念。习近平总书记在论述中国特色社会主义法律体系建设时,强调要使“国家和社会生活制度化、法制化”⑨。张德江同志曾强调“要使各方面的制度更加成熟、定型,增强按制度办事、依法办

① 邓小平:《解放思想,实事求是,团结一致向前看》(1978 年 12 月 13 日),《邓小平文选》第二卷,北京:人民出版社 1994 年版,第 146 页。

② 邓小平:《党和国家领导制度的改革》(1980 年 8 月 18 日),《邓小平文选》第二卷,第 350 页。

③ 彭真:《政法工作的主要任务》,《彭真文选》,北京:人民出版社 1991 年版,第 243 页。

④ 彭真:《关于立法工作》,《彭真文选》,第 505 页。

⑤ 据李步云回忆,相关争论是 1979 年以后在其与王德祥、陈春龙撰写的《论以法治国》在中国社科院举办的庆祝中华人民共和国成立三十周年大型研讨会上公开讨论后引发的。

⑥ 事实上,在英文中,rule by law 并非一个固定的专有名词,权威词典中一般并没有这个词组的释义,只是从介词 by 的使用上,可以理解其与 rule of law 的区分。见王青:《关于“法治”与“法制”英译名的探讨》,《中国科技术语》2016 年第 4 期,第 30—32 页。但境外媒体在报道中国司法制度时,时常使用 rule by law 一词,例如 2006 年获得普利策新闻奖的报道“Deep Flaws, and Little Justice, in China´s Court System”(中国法庭:深度缺陷,正义匮乏)里发出质疑“Or, to put it another way, is the Communist Party creating rule of law or rule by law?”。Joseph Kahn,2015-09-21,New York Times。

⑦ 宁杰:《跨越 从刀制到水治》,《人民法院报》2007 年 10 月 15 日。程燎原:《从法制到法治》,北京:法制出版社 1999 年版。

⑧ 李步云:《亲历从“法制”到“法治”的转变》,《武汉文史资料》2015 年第 5 期,第 4—10 页。

⑨ 习近平:《在首都各界纪念先行宪法公布施行三十周年大会上的讲话》(2012 年 12 月 4 日),《十八大以来重要文献选编》(上),北京:中央文献出版社 2014 年版,第 89—90 页。

事的意识,善于运用制度和法律治理国家”①。

上述这些例子说明,在一些情况下,“法制”和“法治”是可以混用的,没有必要认为“法治”优于“法制”;另一方面也说明,在强调“法治”的同时,“法制”“法律制度”“机制”“体系”等概念也是被普遍使用的,这些概念的生命力依然强大。

在宪法文本、中央文件、党和国家领导人的重要文稿及讲话中,都大量保留了“法制”。这启示我们,围绕着“法制”与“法治”的讨论还不应该划上句号,必须对“法制”这个概念进行重新的思考和辨析,探究其中蕴含的丰富内涵和重大意义。

二、立足中国传统,构建中国特色法律话语体系

在 20 世纪八九十年代关于“法制”与“法治”的争论中,“法制”的本意日渐被解释为狭义的法律,甚至被错误地与“rule by law”相对应②。事实上,将“法制”与“法治”简单地对应“rule by law”和“rule of law”,会与中国自己的话语体系以及政治文化传统形成断裂,这样的理解不够准确恰当,在实践中也可能带来某些被动。

“法制”一词古已有之,《礼记·月令篇》有“命有司修法制”的说法,《管子·法禁》曰“法制不议,则民不相私”,韩非子也强调“明法制,去私恩”,都是在强调通过国家公权力制定公开的法令、制度,而避免私下的、基于非公开理由的处置。同时需要注意,“制”和“度”二字也在一定程度上混用,统称治国的法度,如《汉书》中说“臣愿为民制度以防其淫,使贫富不相灼以和其心”,“礼”“律”“令”等成为一个体系。“法治”一词则是强调作为治理方式的法律,如《晏子春秋·谏上九》曰“昔者先君桓公之地狭于今,修法治,广政教,以霸诸侯”。但这两个词从本质上都注重维护封建专制王权,承认君主的绝对支配,甚至在一定程度上通用。故“法制”的本义对应的是“法”“制”和“度”,是治国之法度,应该翻译为 legal system and institutions,如果就词性和具体使用语境进行区分,反而比作为治理方式的“法治”更具本体意义。而“rule by law”和“rule of law”在中文中对应更恰当的翻译是“以法治国”和“依法治国”,因为翻译的对应将“法制”和“法治”分别与“以法治国”和“依法治国”相对应,更是对概念的曲解。

“法治”一词的古今意涵变化更大,我们现在往往对应西方现代法治思想中的“rule of law”概念来使用“法治”,可以说已经是一个新造概念了。这样的风险是,会导致当代的话语体系与中国传统话语体系、中国传统政治智慧相断裂。现代“法治”概念一般被认为肇始于西方资产阶级革命,随着资本主义商品经济的发展和政教分离、契约精神、平权思想的崛起,法律日益成为现代国家治国理政的选择,主要是针对专制主义的“人治”概念而言,强调法律的至上性、公开性、普适性、可预测性③,并强调“法治”应该是“良法之治”④。

现代西方法治概念是人类政治思想史上相对于封建专制和“人治”的巨大进步,但并不能涵括当代国家治理与政治生活的全部。特别是,在构建中国特色法律话语体系时,从西方概念出发,反过来理解和使用中国概念,反而会局限我们的思

---

① 徐燕:《张德江:发挥法治引领推动作用,把改革蓝图变成现实——中共中央政治局常委、全国人大常委会委员长张德江参加代表团审议侧记》,《中国人大》2014 年第 6 期,第 22—24 页。

② 在改革开放初期的比较法研究中,rule by law 还时常被翻译为“以法治国”或“以法治人”(如蒋迅:《日本当代宪政制度的确立——历史和文化背景的透视》,《比较法研究》1988 年第 2 期,第 35—42 页),“法治”在一定层面上与“法制”通用(如朱景文:《关于法制和法治的几个理论问题》,《中外法学》1995 年第 4 期,第 17—23 页),但在讨论中,越来越多的学者将“法制”和“法治”分别对应 rule by law 和 rule of law(如郭道晖:《法治国家与法治社会》,《政治与法律》1995 年第 1 期,第 17—20 页。)。

③ 如哈特在《法律的概念》中强调法律的至上性。富勒在《法律与道德》一书中提出了法律的八大合法性原则,即一般性原则、公开性原则、非溯及既往原则、明确性原则、一致性原则、可行性原则、稳定性原则、官方行为和法律一致性原则。

④ 王利明:《法治:良法与善治》,《中国人民大学学报》2015 年第 2 期,第 114—121 页。

想,使“法制”这个有几千年历史的概念的内涵被歪曲、功能被削弱。

我们需要回到中国传统文化的谱系中,回到中国的土地上,重新理解和认识“法制”一词的内涵。

三、构建“制度法学”,从法律和制度两个维度认识“法制”

现代“法治”概念的背后,是近代政治学理论基于“人人平等”的预设所构建的一种治国理政模式,设想通过法律制度的建立、执行来实现一般性的规范和事后治理。然而,政治实践证明,并不存在纯粹的“法治国”,任何国家和社会的治理必需有政治、行政的因素。特别是随着社会治理日益复杂化,美国等西方国家也出现行政治国不断膨胀,“法律帝国决定向行政国家低头”①的倾向。在中国的治国理政传统中,政治与行政也从来都是不能忽视的重要因素,不可能脱离政治与行政孤立地理解“法”。对于这一问题,中国法学界已经有一批学者有所警醒,“软法”②、法律多元主义③、“不成文法”④、“党主立宪”“党导立宪”等观点,都从不同角度强调成文法之外的制度因素,特别是政治与行政治理在现代法治建设中的重要地位。在中国特色社会主义的法治实践中,习近平总书记也反复指出,“法治当中有政治,没有脱离政治的法治”⑤,在推进全面依法治国战略布局的过程中,我们也始终强调不能“就法治论法治”,而是要“围绕中国特色社会主义事业总体布局,体现推进各领域改革发展对提高法治水平的要求”⑥。栗战书同志指出,“法律制度与政治制度紧密相连,有什么样的政治制度,就必须实行与之相适应的法律制度”⑦。我们要从这一意义上重新理解和使用“法制”,认识到这一词语在法律与政治语境下的内在涵义、话语功效、结构功能依然是丰富而强大的,它能表达出“法治”一词不善表达的内容。

在有的语境中,“法制”被作为单一词,仅仅被等同于为法律,但究其本义,应是“法律和制度”这一复合概念的简称。其中,法律是国家制定的强制性规范的总和,而这里的“制度”,与一般意义上的“制度”并不完全相同,强调的是整个国家法律运行的制度框架,是与立法、执法、守法相关的、与国家政权的构建相关的政治立场和原则、执政者奉行的政策、执政运行体制、执政者内部结构及管理、政治纪律与规矩,各类法律规范形成的根本制度、基本制度、重要制度以及其他有形无形的东西所构成的体制、机制、体系。具体而言,至少包括以下三类:一是由一系列法律、法规、规章等规范性文件的条文构成的制度;二是没有在法律中明文规定,而是由国家管理体制中的一些因素,在法律外部构成的制度;三是在法律法规的条文中有原则性规定,但并无具体的表述,在法条之外通过一系列原则、规矩、准则等予以落实,进而围绕法条中的原则性规定形成一个制度体系。

之所以要区分“法律”与“制度”两个维度,是要正确理解和发挥“法律”和“制度”在法治国家建设中的不同功用。

---

① Adrian Vermeule, *Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016, p3.

② 罗豪才、宋功德:《认真对待软法——公域软法的一般理论及其中国实践》,《中国法学》2006 年第 2 期,第 3—24 页。

③ 苏力:《秋菊的困惑与三杠爷的悲剧》,载苏力:《法治及其本土资源》,北京:中国政法大学出版社 2004 年版。

④ 强世功:《“不成文宪法”——英国宪法学传统中的启示》,《读书》2016 年第 11 期,第 63—70 页。

⑤ 习近平:《在省部级主要领导干部学习贯彻党的十八届四中全会精神,全面推进依法治国专题研讨班上的讲话》(2015 年 2 月 2 日),中共中央文献研究室:《习近平关于全面依法治国论述摘编》,北京:中央文献出版社 2015 年版,第 34 页。

⑥ 习近平:《关于〈中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定〉的说明》,《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》辅导读本,北京:人民出版社 2014 年版,第 47 页。

⑦ 栗战书:《坚持走中国特色社会主义法治道路》,《人民日报》2014 年 11 月 10 日 06 版。

首先,法律和制度都有规范性特征,但制度在形式上更加多元。法律强调稳定性和可预期性,适合处理相对成熟定型的社会关系;制度更具适用层面的灵活性,适合具有多元性、变动性的领域。法律体现为规范性的条文,制度除了有形的条文,也有可能是无形的,广泛存在于政治实践中的制度因素。

其次,法律和制度都有一定范围的普适性,但法律一般在立法主体行使立法权的时空范围内适用,主要解决普遍性问题;制度则有“大”有“小”,有的十分宏观,是构造我们这个国家体制的“四梁八柱”,这些制度通常具有普适性;有的则具体而微,早已嵌入公民的日常生活,可能适用于特定的团体、组织、人群,也可以解决一些个性化问题。

最后,法律和制度都有强制性,但法律的效力靠国家暴力机关的强制力予以保障,违反法律要承担相应的民事、刑事、行政责任;制度的实施有时会依靠国家强制力执行,有时则体现为是一种内在的约束力,违反制度可能受到的只是内部处罚,可以对不同性质的问题做出不同程度的规制。

特别是在把握我们的基本政治制度时,“法制”概念有着强大的解释力。尽管宪法中有关于我国基本政治制度的一系列描述,但宪法条文是抽象的、原则性的,这些原则性的宪法条文,是依靠我们的政治与法治实践中的一系列制度因素予以落实的,这也是中国特色社会主义的一部分。在这一意义上,“法制”和西方的“宪政”一词属于同一个层面的概念①。

具体来说,依照宪法规定,党的领导是中国特色社会主义制度的重要组成部分,2018 年宪法修订,在宪法第一章总纲的第一条中增加了“中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征”,但这句话要靠具体的制度来保障落实。“党政军民学,东西南北中,党是领导一切的”,党要“总揽全局、协调各方”,这都不是法律条文,但属于“制度”的一部分。具体体现在一系列党和国家的决策协调机制之中。

比如,2015 年起,在每年两会前,中央政治局常委会听取全国人大常委会、国务院、全国政协、最高人民法院、最高人民检察院党组工作汇报,听取中央书记处工作报告②,这就是一种保证党中央集中统一领导的制度性安排,对全党也具有十分重要的示范意义。

又如,中央通过设立决策议事协调机构,实现对关键领域的领导。在 2018 年颁布的《深化党和

---

① 在“constitutionalism”这一概念早期引进时,主要强调“立宪”的概念,也有学者同时使用“立宪政体”概念,王世杰和钱端升先生在《比较宪法》一书则使用了“立宪主义”一词,强调通过(成文的或不成文的;柔性的或刚性的)宪法组织现代国家这一层面。1887 年,梁启超在黄遵宪发表的《日本国志》一书序言中第一次使用了“宪政”一词,他在 1899 年戊戌变法失败流亡日本期间写作的《各国宪法异同论》一文中提出:“宪政(立宪君主国政体之省称) 之始祖者,英国是也……”,强调英美等国的宪政体制,是与专制政体相对应的。新中国成立时,毛泽东提出“新民主主义宪政”的观点,此时“宪政”还是中性概念。直到 20 世纪 80 年代末期,学术界逐渐出现了将“宪政”与“民主”“自由”“有限政府”等概念相联系的观点,如陈小平:《宪政与自由》,《法学》1989 年第 5 期,第 8 页;张文显、信春鹰:《民主+宪政=理想的政制——比较宪政国际讨论会热点述评》,《比较法研究》1990 年第 1 期,第 6—11、26 页。自 2000 年开始,特别是 2001 年最高法院就齐玉苓案进行批复之后,在比较宪法研究以外的领域,也出现了日渐将“宪政”与“司法审查”“宪法司法化”等概念联系起来的观点,见高秦伟:《中国宪政架构下的行政权与司法权关系之重构》,《文史哲》2003 年第 1 期,第 82—87 页;杨海坤、朱中一:《从行政诉讼走向宪法诉讼——中国实现宪政的必由之路》,《法制与社会发展》2002 年第 1 期,第 54—61 页。蔡定剑、王占阳在《走向宪政》一书序言中就明确表示,“人类现代政治制度文明的重大发展是在民主的基础上,建立以宪法为核心的法治,以法治保障人权、限制民主、制约政府权力,这就是宪政。宪政就是民主、法治、人权相互支撑、相互制约的政府。”蔡定剑、王占阳主编:《走向宪政》,北京:法律出版社 2011 年版。“宪政”一词日益被用来特指西方宪政。关于这一问题,本文第四部分详细讨论。

② 这项制度已经写入《中共中央政治局关于加强和维护党中央集中统一领导的若干规定》,见《中共中央政治局召开会议 研究部署学习宣传贯彻党的十九大精神 审议〈中共中央政治局关于加强和维护党中央集中统一领导的若干规定〉和〈中共中央政治局贯彻落实中央八项规定的实施细则〉中共中央总书记习近平主持会议》,《思想政治工作研究》2017 年第 11 期,第 1 页。

国家机构改革方案》,对党和国家的领导机构进行了深度改革,设立了中央全面深化改革委员会等十个委员会进行关键领域的决策。这些委员会是党的决策议事机构,同时将办公室或秘书处设在相关的职能部门和政府机关,起到了有效的协调作用。各级各类领导小组也属于此类协调决策机制。

又如党对国家领导人的人选和重要法律的制定与修改进行提名、提案,由中共中央提出建议,全国人大常委会接受建议,再由全国人大常委会把它转化为一个议案,在常委会上审议之后,提请大会审议。这种把党的意志上升为国家意志的程序,是一种重要的法制安排。

再比如,“党管干部”“党管人才”“党指挥枪”“党管政法”“党管宣传”“党管新闻”“党管意识形态”等原则,都有一系列具体的制度,保障党对相关领域的全面领导,这些制度未必需要上升到法律层面,却属于最重要最根本的国家制度。对于理解和解释中国特色社会主义制度起到的关键作用。

又比如,民主集中制原则、政治巡视巡察制度等,都是法制的一部分,共同支撑着“党的领导”在中国特色社会主义政治体系中的落实。

当然,在政治、经济、社会、文化等各个领域,都存在着关系到整个国家法律运行的制度性安排。在党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中,明确提出,要“形成完备的法律规范体系、高效的法治实施体系、严密的法治监督体系、有力的法治保障体系,形成完善的党内法规体系”①,这些体系合起来,构成了中国特色的“法制”大厦。

因此,回到中国传统政治文化的话语体系中,回到国家与社会治理的现实世界中,以“法律和制度”的整体性视角观察我国社会主义法治建设,能够有效避免以西方的法治叙事来理解中国故事,局限在狭义的规范法学窠臼中,把所有目光都聚焦在成文法的制定和执行上。这种对“法制”的再认识,用中国话语解释中国问题,可以更好理解中国特色社会主义法治道路,解答当代中国治国理政的根本问题,从而构建起具有中国特色的“制度法学”。

所谓“制度法学”,指的是将制度纳入到法学的研究对象范围内,将制度与法律视为不可分割的一个整体,以此来理解法的产生与运行。法学的流派很多,但除了规范法学派将研究范围限定在成文法框架之内,自然法学派、历史法学派、现实主义法学、社会法学派等其他学派都不是单纯地就法论法,而是注意到习惯、社会制度、外部环境等因素对法律的影响,更注重真实世界中的法在国家与社会治理体系中发挥的重要作用。例如,孟德斯鸠在《论法的精神》中,注意研究法律与政体、地理环境、宗教等的关系;托克维尔在《论美国的民主》中提出,“美国之能维持民主制度, 应归功于地理环境、法制和民情,但法制重于地理,民情重于法制。如果不是乡镇精神,即便有联邦宪法与三权分立,美国人也恐难享有真正的自由”②;庞德则强调,我们不仅应当重视“书本上的法”也应当关注“行动中的法”③。这些观点都从不同的角度说明,宪法和法律要行之有效,就必须与一系列外部因素结合。

“制度法学”本质上就是倡导研究“真实的、扎根于中国大地的法”,既要有“法”与“制”的二维视角,又要有“法制”相连的整体性视角。

四、重新认识“法制”所坚守的核心价值

正确理解和使用“法制”概念,并不意味着排斥“法治”,这两个概念在当代法学语境中都有其

① 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》辅导读本,北京:人民出版社 2014 年版,第 51 页。

② 托克维尔:《论美国的民主》(上卷),董果良译,北京:商务印书馆 1988 年版,第 354 页。

③ “书本上的法”对应 Law in Books,“行动中的法”对应 Law in Action,这一对概念的对比是现实主义法学派的核心问题,卢曼、埃利希等法学家也都从这一角度讨论过“活法”和“死法”,“纸上的法”和“现实的法”等。见 Pound.,“Law in Books and Law in Action”,*American Law Review*,1910.44;Ehrich.,*Fundamental Principles of the Sociology of Law*.北京:中国社会科学出版社 1999 年版,第 493 页。

价值。只不过我们要明确:“法治”并不比“法制”更“先进”,在中国传统的话语体系中、在中国的政治史、法律史上,并不存在“法治”优于“法制”的因素,千万不要被中国象形文字所带来的“刀的寒光”和“水的亲和”来直观理解“法制”与“法治”,更不要用西方概念错误翻译、对应之后再反过来曲解中国的概念。

强调“法制”并不意味着倒退回工具层面的“以法治国”。无论是在古汉语中的“明法制”还是近现代话语体系中的“民主制度化、法律化”,都并不强调把法律作为维护统治的工具,而是强调以公开颁布的条文明示于百姓,作为治国理政、调整社会关系的基本依据。特别是从 1982 年宪法制定前后的一系列论述和宪法文本自身的文义来看,“民主”更是“社会主义法制”的价值内核。相反,“法治”一词在古汉语中更加侧重于“以法律来治理”,更接近“以法治国”的工具层面,而“法制”更体现法律的本体价值。在当代语境下,无论用“法制”还是“法治”,其核心价值都必须是社会主义民主和全面依法治国,这一点是始终不变的追求。

“法治”在近现代法律话语体系中侧重于强调与“人治”的对立,以公开、普适、可预测的法律来代替个人意志的决断,以调整社会关系,在强调这一问题时使用“法治”一词是非常有意义的,尤其是符号和形象的意义。但认识到这种意义的同时,也要有学理上的反思:“要法治不要人治”与“法制”概念并不矛盾,“法制”同样不容纳凌驾于法律之上的个人意志与权力。在此基础上,“法制”的概念体系更加旗帜鲜明地强调制度建设是法治建设极其重要的因素。

“法制”概念的使用还能有效避免“宪政”等概念的混淆,更好地与西方法律话语体系交流互鉴。宪政(constitutionalism)的实质就是关于国家根本组织的规定①,本身应该是一个非常客观的中性词,西方可以用,中国也可以用;现代可以用,古代也可以用。1940 年,毛泽东在由延安各界代表人物参加的宪政促进会成立大会上,就提出“宪政就是民主的政治……我们现在要的民主政治……是新民主主义的政治,新民主主义宪政”②。但在学界,“宪政”往往被用来强调包含有限政府、三权分立、两党和多党制、宪法司法审查等一系列制度在内的特定概念,甚至用来特指西方资产阶级的法治道路与模式③,这使得我们在描述中国特色社会主义制度的基本政治制度部分时,不适宜再使用“宪政”一词。近年来,也有一些学者使用“宪制”一词来讨论相关问题,但正如苏力所强调的,“宪制”更侧重于“前宪法”的政治问题④。而“法制”所能涵括的范围比“宪制”更加广泛和现实。如果把宪法确定的基本政治组织方式及其落实制度放到“法制”这一框架下,用“法律”与“制度”的双重意涵来理解,就能够进一步解释很多问题。所以,我主张使用“法制”这个概念,更清晰、更完整、更准确。

从坚持全面依法治国的角度,“法制”概念包容“法律”和“制度”两个层面:不仅注重有形的法律和制度条文,还注重无形的政治和法律实践;不仅注重宏观层面的基本政治制度,还注重关系到人民公平正义获得感的制度落实细节;不仅可以有效将“坚持党的领导、人民当家作主、依法治国”有机统一地体现在这一概念之内,还可以充分强调“法治国家、法治政府、法治社会一体建

---

① 王世杰和钱端升在《比较宪法》一书中区分宪法的形式特性和实质特性,就明确“就宪法的实质说,宪法的特性,在规定国家根本的组织”。见王世杰、钱端升:《比较宪法》,北京:商务印书馆 2017 年版,第 11 页。

② 《毛泽东选集》第二卷,北京:人民出版社 1991 年版,第 732 页。

③ 美国学者萨托利明确说,“无论过去和现在,宪政制度事实上就是自由主义制度。可以说自由主义政治就是宪政”(乔万尼·萨托利:《民主新论》,冯克利、阎克文译,上海:上海人民出版社 2009 年版,第 339 页。)国内一些学者因循这种理解,认为宪政就是西方资产阶级政治的“专有名词”,甚至认为这种“宪政”就是现代政治文明的特征(如郑志学:《认清“宪政”的本质》,《党建》2013 年第 6 期,第 29—31 页)。为试图保有“宪政”一词的叙述广泛解释力,很多学者都曾经批驳过这一观点(韩大元:《论社会主义宪政的正当性与必要性:略论社会主义宪政的正当性》,《法学》2011 年第 12 期,第 15—18 页)。

④ 苏力:《何为宪制问题——西方历史与古代中国》,《华东政法大学学报》2013 年第 5 期,第 90—111 页。

设”等“全面依法治国”的有机内涵。很多宪法和法律的抽象规定,也只有落实到制度层面,才能得以有效实施,法律化和制度化两个层面相辅相成,才能够共同推进人民公平正义真实获得感的提升。

因此,“法制”一词能穿透法律法规的静态表象,更立体、更多维地洞察法律的功能与作用,能将法律与制度相连,更好地说明制度在治国理政、法律运行中所发挥的重要作用。“法制”代表着法律和制度并重的中国智慧、中国模式,是中国特色法律话语体系中的一个重要概念,应该得到重新认识和重视,才能更好地解释中国特色社会主义法律体系的建设实践。

以“法制”与“法治”这一对概念的重新辨析为基础,我们要构建起中国的“制度法学”,将当代中国的治国理政的重要现象、重大问题、基本理论与鲜活实践作为研究对象,用中国话语解释中国问题,从而真正理解、诠释和支撑中国特色社会主义治国理政的伟大实践。

A Reanalysis of “Legal Systems and Institutions” and “Rule of Law”: Constructing China’s “Institutional Jurisprudence”

Qiu Shuiping

(*Peking University*, *Beijing* 100871, *China*)

Abstract: The term “legal systems and institutions” (法制) is rooted in traditional Chinese political culture and realistic national conditions. It has rich connotations and powerful functions that cannot be completely replaced by the term “rule of law” (法治). Re-understanding and emphasizing the “legal systems and institutions” plays an important role in the construction of the legal discourse system with Chinese characteristics. The core of the “legal systems and institutions” remains the institutionalization and legalization of democracy and the advanced law-based governance. Starting from this concept, we can better understand, interpret and support the great practice of socialist governance with Chinese characteristics from the perspective of “institutional jurisprudence” (制度法学).

Key words: legal systems and institutions, rule of law, legal discourse system with Chinese characteristics, institutional jurisprudence

(责任编辑　　李　铄)